

Motivação da sentença

JOSÉ CARLOS GONÇALVES XAVIER DE AQUINO
Juiz do TACrim - SP

Depois do advento da Carta Magna de 1988 ficou estabelecido, mais do que nunca, que os atos judiciais que têm força decisória no processo, quer proferidos pelo juiz singular, quer prolatados pelos tribunais colegiados, devem ser satisfatoriamente fundamentados (art. 92 IX, da CF).

Tal dogma constitucional finca suas raízes em 1774, na época de "Ferdinando IV di Borbone" que impôs aos juizes do reino napolitano a motivação das sentenças.

A objetividade jurídica desse preceito constitucional visa evitar o arbítrio do magistrado, posto que o "iter" argumentativo deste há de seguir um raciocínio lógico, ainda que os fatos investigados apresentem dois ou mais pontos de vista diversos.

O Juiz, para exercer a arte de bem julgar, deve formar convicção a respeito do dado objetivo que se encontra sob sua apreciação jurisdicional, abandonando, como observa Benedetto Pellingra em sua obra "La Motivazione della Sentenza Penale", a imaginação ou a fantasia.

É seu mister, portanto, alicerçar-se nas provas produzidas no curso do processo (trunfa a máxima: "o que não está nos autos não está no mundo"), pois só assim escapará "di un apprezzamento subiettivo arbitrario" (autor de obra citado, Giuffrè Editore, 1974, pág. 8).

Todavia, tais provas devem ser examinadas sob o ângulo da legalidade (licitude) e eficácia (prestabilidade objetiva). A primeira será afastada de plano, no caso de ser chancelada com o selo da ilicitude; a segunda será submetida à triagem natural que se realiza em qualquer formação de juízo.

Para tanto, o julgador, ao buscar a verdade possível ou a certeza judiciária (meta do processo penal)⁽¹⁾, na tentativa de separar o verdadeiro do falso e chegar, via de fatos inicialmente desconhecidos, a um juízo de valor negativo, positivo ou duvidoso sobre um *factum probandum*, deverá sempre formar a convicção, tendo como parâmetro a relação existente entre a premissa maior e a premissa menor contida nos elementos probatórios amealhados para o feito.

1) - Já tive oportunidade de escrever que o que se busca no processo penal não é outra coisa senão a mais alta probabilidade, por isso que se afirma que a certeza almejada é aquela judiciária ou verdade possível.

"Von Canstein, citado por Castro Mendes, anota que "é da essência da prova não conferir a certeza, mas uma probabilidade.

Mas essa liberdade de juízo, conquanto vigore no processo penal o consectário da livre apreciação das provas por parte do julgador⁽²⁾, deve ser exteriorizada no processo, de molde que o "mundo" saiba, por intermédio da fundamentação (demonstração do desenvolvimento do raciocínio), o porquê do *decisum*, pois, não raro, as partes se valem de recursos e a Segunda Instância precisa saber os motivos que respaldaram a prestação jurisdicional.

Essa é a lição do Professor peninsular Gian Domenico Pisapia, do qual tive a honra de ser aluno: "La decisione giudiziale non potrebbe esaurirsi, infatti, in un'autoritativa affermazione della giurisdizione: donde la necessità che le parti possano apprendere i motivi di fatto e di diritto della sentenza e li possano, occorrendo, sottoporre a critica per il successivo controllo in sede d'impugnazione" in, "Compendio di Procedura Penale", 2ª ed., Cedam Padova, 1979, pág. 392).

Nesse passo, decisório sem motivação a tanto equivale a inexistência de decisão, uma vez que nele falta a demonstração dos motivos que determinaram o posicionamento assumido. Em outras palavras, inexiste a relação de causa e efeito e, por via de consequência, a sentença não ganha foros de legalidade.

Destarte, não basta que o agente do Poder Judiciário diga que as provas carreadas para o caderno processual convergem no sentido da crença da legitimidade da imputação. Não!!! É necessário que ele demonstre *quantum satis*, através da análise das provas, a justeza da sua convicção.

Aqui não se discute o acerto ou erro da prestação jurisdicional sob o aspecto da legitimidade da condenação ou absolvição, o que vale dizer que pouco importa, para o estudo, o direcionamento da sentença, desde que a mesma seja devidamente fundamentada (ela não é nula, mas pode ser reformada, se injusta).

O bom senso indica que o juiz deva se socorrer da indução, dedução e da comparação para formar a convicção sobre um dado objetivo. Contudo, não há para ele qualquer critério apriorístico legal a ser seguido, pois o juízo se forma através da análise global dos fatos e de acordo com a tendência e aptidão naturais de cada pessoa.

Ora, a observação sensorial imediata dá uma certeza, logo não é prova. A prova é a determinação mediata da verdade através de razões que criam a mais alta probabilidade ou geram a convicção da verdade" (Do conceito de prova, cit., pág. 185). A verdade, via de regra, "é a conformidade da noção ideológica com a realidade" (Malatesta, "A Lógica das Provas em Matéria Criminal", 2ª ed., Lisboa, Ed. Teixeira, 1927, pág. 21). Para o processo penal, diz Jorge de Figueiredo Dias, a verdade que se busca não é a formal, mas sim a material, "que há de ser tomada em duplo sentido: no sentido de uma verdade subtraída à influência que, através do seu comportamento processual, acusação e a defesa queira exercer sobre ela; mas também no sentido de uma verdade que, não sendo absoluta ou ontológica, há de ser antes de tudo uma verdade judicial, prática e, sobretudo, não uma verdade obtida a todo preço mas processualmente válida" (Jorge de Figueiredo Dias, "Direito Processual Penal", Coimbra, Ed. Coimbra, 1974, vol. 1, pág. 193-4).

Sensível à matéria, Porto Carrero adverte que a verdade que se procura por meio do judiciário "não pode ser, pois, a que corresponde à verdade absoluta, mas apenas a que exprime a realidade sensível e inteligível. Os meios clássicos de se fazer a prova estão, uns dentro da pura verificação sensorial, outros dependentes, principalmente, do raciocínio; a todos se sobrepõe o critério do juiz que os pesa e confronta, de acordo com sua própria experiência prévia, de ordem igualmente sensorial, até mesmo para os motivos éticos nascidos de experiências de exemplos, prêmios e punições, colhida na infância" (Porto Carrero, "Psicologia Judiciária", Rio de Janeiro, Ed. Guanabara, pág. 77-8).

A certeza, segundo o que ensina Rogério Lauria Tucci, "corresponde à consciência de cognição segura da verdade do fato" ("Do corpo de delito no Direito Processual Brasileiro", São Paulo, Saraiva, 1978, pág. 91).

Longo é o caminho que entremeia a ignorância e a certeza. Leão Bruno preleciona que entre uma e outra o espírito pode achar-se no estado de:

1. ignorância = ausência de qualquer conhecimento;
2. dúvida = conhecimento alternativo, incluindo o sim e o não;
3. improbabilidade = prevalência do conhecimento negativo;
- 3a. probabilidade = prevalência do conhecimento positivo;
4. convicção = quando os motivos afirmativos já não podem ser abalados por motivos contrários;
5. certeza = conhecimento afirmativo absolutamente triunfante.

A probabilidade, que é indicio ou razão, donde se faz presumir a verdade, afirma o supracitado autor, "é o caminho mais frequente da certeza" (Antonio Miguel Leão Bruno, "Psicologia do Testemunho", separata dos Arquivos da Polícia Civil de São Paulo, 14:51, 2ª. sem. 1947). É certo que o mais alto grau de probabilidade não é ainda certeza; no entanto, o julgador, por não ter medido sensorialmente a experiência passada, tem de se fiar nela, levando em consideração o critério de credibilidade, para proferir sua decisão" (José Carlos G. Xavier de Aquino, "A Prova Testemunhal no Processo Penal Brasileiro", Ed. Saraiva, 2ª ed. atualizada e ampliada, 1974, pág. 8-9).

(2) - O postulado do livre convencimento do juiz, como preleciona Eduardo Coeure, deve ser analisado conjuntamente com o princípio da crítica sã e racional.

Porém, embora possa o Magistrado sob o ângulo subjetivo formar convicção da maneira que melhor lhe aprouver, desde que calcado nas provas dos autos, sob o aspecto formal, como já dito, seja qual for a tomada de posição, sua decisão há de ser motivada.

Ademais, a obrigação em apreço, tal como na Itália, abrange tanto os motivos de fato como os de direito. Quanto àqueles, o magistrado há de fazer uma análise dos elementos probatórios, tais como o exame da prova testemunhal, das perícias etc. No que pertine a estes, deve se manifestar sobre as normas de direito material e instrumental, através das quais fundamenta sua decisão.

Além disso, o magistrado criminal, seja ele de primeiro ou segundo grau, tem por obrigação não apenas fundamentar sua decisão com relação à subsistência objetiva e subjetiva dos fatos, mas também realizar esse trabalho mental no que pertine à qualidade e quantidade da pena (sobre o assunto Pellingra, ob. cit., pág. 115).

Adverte-se ainda que a obrigação da fundamentação do **decisum** não se limita aos juízes singulares, posto que os tribunais colegiados também a ela estão afetos.

Mas não só a prestação jurisdicional que não traga em seu bojo motivos lógico-jurídicos sobre um determinado juízo de valor há de ser considerada nula, posto que aquela que não contém suficiente fundamentação assim também deve ser taxada.

Releva notar ainda que não há que se confundir o conceito de conciso com o de insuficiente, pois, muita vez, o juiz pode, ao sentenciar, vazar seu trabalho em estilo diminuto, mas que justifica plenamente a ilação principal do decisório. Nesse caso, basta verificar se a parte argumentativa do **decisum**, cotejada com o contingente probatório coligido, traduz satisfatoriamente os dados da realidade concreta. No entanto, se isso inoportunizar, pode se cogitar em sentença nula.

Também não se deve confundir a fundamentação, que se traduz num ato documental, onde o juiz expõe os motivos de fato e de direito que o levaram à determinada decisão, com o relatório da sentença, onde ele leva a efeito a reconstrução histórica dos fatos que se acham sob sua apreciação jurisdicional.

Repudia-se, outrossim, o mau vazo de certos magistrados que, às vezes, na sentença, momento mais sublime do processo, por comodidade, adotam como razão de decidir a manifestação, ainda que judicosa, do representante do Ministério Público, pois esse proceder, a nosso aviso, macula o preceito constitucional em testilha. Tampouco se admite a fundamentação implícita.

De outra parte, para que o decisório receba o dístico da nulidade, é mister que a falta de motivação toque pontos fundamentais, de caráter extremamente decisivo, pois se a ausência reclamada for de somenos importância, disso não se há de falar.

É verdade que não são todas as decisões judiciais que requerem fundamentação, ao contrário do que se tentou sustentar logo após a edição da Lei Maior, estão excluídos dessa obrigação os despachos de caráter meramente ordinatórios (nesse sentido Gian Domenico Pisapia, em Revista Italiana de Direito Penal, sob o título "Obbligo e motivazione dei mandati di cattura e sindacato di legittimità della Corte di Cassazione", 1957, págs. 433 e seguintes).

Em epítome, a motivação da sentença se consubstancia naquela ponte de ouro que liga a pretensão punitiva do Estado-Administração, bem como a respectiva resistência por parte do acionado, e a vontade da lei.